

論 説

## 要綱行政の再検討

李 斗 領

はじめに

第1章 要綱行政の由来

第2章 要綱の定義と分類

第3章 要綱行政の法的性質

第4章 要綱の機能的な側面

第5章 要綱の現代的な存在理由

結びにかえて

### はじめに

本稿は、法治主義の下、行政法・環境法（学）分野において「法律による行政の原理」を実質的に補完するために用いられてきた要綱行政の法的機能や現代的課題について検討する。

元来、要綱は、行政執行の指針を定めた内部規程であり、組織要綱、助成要綱、指導要綱などがある。全国初の「指導要綱」は、1967（昭和42）年5月に制定された兵庫県川西市「住宅地造成事業に関する指導要綱」<sup>(1)</sup>で

---

（1） 現在、川西市宅地開発事業指導要綱（1971（昭和48）年3月1日制定）及び川西市開発行為等指導要綱（1994（平成5）年5月1日）や川西市小規模住宅地等指導要綱（1979（昭和54）年4月1日制定）は、廃止され、川西市開発行為等指導要綱として受け継がれている。その指導要綱の範囲は、川西市開発行為等指導要綱第1条目的規定である、「市において行われる開発行為等の適切な規制・誘導を行う

ある。

かつてから急激な社会情勢の変化から生ずる新しい行政ニーズに対して国の法令に基づく規制では対処できない理由から「行政指導」レベルで要綱行政が運用されてきている。特に、「法的に明確な形で権限行使の根拠を規定することに伴う行政当局にとっての種々のコンフリクトの可能性を避けるために、要綱が選択されている<sup>(2)</sup>」といえる。

紙野健二教授によれば、要綱行政の変容は、今日まで二つの克服がされてきた。第一に、要綱行政における中心的な手法である行政指導の法的統制の課題として、その非法的な目的達成手段という「前現代的」な側面の克服であり、第二に、「現代的」な行政指導の多用による現像への対応<sup>(3)</sup> (克服) を指摘している。

とりわけ、要綱行政の存在意義に関して言えば、条例制定権との関係において議論されてきた行政指導の一部として活用された要綱行政の運用が手続法関連から如何なる意味を持つかに対する検討が必要である。

従って、本稿の検討範囲は、従来の要綱行政が果たしてきた国民、「住民の権利利益を守り、地域の実情に応じた規制を行う役割を維持しつつ、その新たな展開の可能性を開くためには、行政指導の『近代化』『現代化』を図る必要が<sup>(4)</sup>」如何な場面において強調されなければならないかである。その必要性の理由は、「地方分権改革の後にもなお、種々の法的制約の下で条例化が困難な事項、あるいは施策の施行的実施について要綱に基づく

ため、必要な基準を定めることにより、良好な都市環境の形成と円滑な都市機能の向上を図り、もって安全で安心かつ快適な住環境の実現に資することを目的」としている。田口俊夫「川西市宅地開発事業指導要綱の歴史」NPO 法人田村明記念・まちづくり研究会、2017（平成29）年12月3日、2頁参照（[www.machi-initiative.com/.../川西市宅地開発事業指導](http://www.machi-initiative.com/.../川西市宅地開発事業指導)）。

(2) 北村喜宣『自治体環境行政法』第一法規、2018（平成30）年、50頁参照。

(3) 紙野健二「行政指導と行政手続」『公法研究56号』、1994（平成6）年、226頁参照。

(4) 大田直史「行政手続法下の要綱行政」神長勲ほか『公共性の法構造』勁草書房、2004（平成16）年、278頁参照。

行政の意義は存する<sup>(5)</sup>」と考えられる。

しかし、要綱行政は、行政運用の過程において透明性・公正性が欠けている面や非権力的な要望として行われることによって、行政指導の相手方は要綱に従わざるを得ない局面に陥られ、行政に対して相手は法的手段で指導の違法を争うことも困難であり、行政の無責任性を助長し違法な行政指導を横行させる原因となったことは否定できない。

要するに、一般に、要綱行政に依存してきた批判的な理由としては、行政活動の民主的統制という価値には鈍感であり、非公式的措置を好むことに繋がっており、法治主義に対する認識が低いとの指摘もあり得る<sup>(6)</sup>。

このような問題意識に基づき、本稿は、「要綱行政」をめぐる法的な位置づけを手続的な保障や要綱の機能的な側面に照らし、その存在理由について検討を試みる。その詳細は、第一に、住民・国民参加を保障することによって、要綱行政の公正性・透明性を確保し、他の規制手法に補完する役割はどうあるべきか。また、第二に、現在の行政手続法の下、要綱行政の実行性を確保するために、行政指導の範囲内で用いる規制的手法の「補完」的な機能に止まらず、国民・住民にとって権利利益に合致する要綱行政の法的な含意に関する分析である。

## 第1章 要綱行政の由来

### 第1節 要綱行政の沿革

日本においては、「戦後の高度経済成長と建設技術革新に伴う都市人口の急増は、地方自治体の公共公益施設の整備費負担の急増、中高層建築物の建築による日照障害を主たる理由とした近隣住民との紛争の発生などさ

---

(5) 大田直史「要綱の法的性質」高木光、宇賀克也（編著）『行政法の争点』有斐閣、2004（平成16）年、53頁参照。

(6) 北村喜宣『自治体環境行政法』前掲注（2）、50頁参照。

まざまな問題を引き起こした」<sup>(7)</sup>。

1960年代に、中高層建築物をめぐり行政指導の一環として、「指導要綱」は都市づくりの共通の課題として制定し、その要綱に基づいて街づくりをはじめ<sup>(8)</sup>ていた。

要綱の機能的な存在意義は、「要綱行政には、国法の不備のために住民の生命・健康の保護、あるいは、環境保全が十分に実現できない実態を是正する機能があるのであって、行政とその権限行使の直接の相手との2極関係のみを念頭に置いた法律の欠陥を補うもの<sup>(9)</sup>」として、今日まで積極的に評価されている。

特に、行政運用のみならず、住民（国民）や事業者の「公平」を実現できる要綱に積極的な意味を与えようとする傾向もある。要綱行政については、1990年代の一連の最高裁判例がその限界を示してきたことと併せて、1980年代以降の建設省・自治省の通達による「行き過ぎ」の指摘、1993（平成5）年の行政手続法の制定、1999（平成11）年の地方自治法の大幅な改正をはじめとする地方分権改革などを経てそのあり方をめぐる環境が大きく変化してきた。要するに、従来法治主義の観点から批判のあった要綱行政については、基本的に条例化が要請され、従来要綱に基づいていた行政指導を条例に基づくものに変えた自治体も多いように見受けられる<sup>(11)</sup>。

更に、財産権に何らかの制限をかけるような内容の条例を制定することについて疑義があったことから（いわゆる「条例制定権の限界」）、大都市圏を中心に多くの地方自治体では、事実上の規制である指導要綱を制定してこれに対処してきた経緯がある<sup>(12)</sup>。

---

(7) 木佐茂男『自治立法の理論と手法』ぎょうせい、1998（平成10）年、185頁参照。

(8) 吉田善明「要綱行政の意義と展望—武蔵野市を中心に—」法律時報51巻7号、26頁参照。

(9) 北村喜宣『自治体環境行政法』前掲注（2）、50頁参照。

(10) 北村喜宣『自治体環境行政法』前掲注（2）、50頁参照。

(11) 大田直史「要綱の法的性質」前掲注（5）、53頁参照。

(12) 木佐茂男『自治立法の理論と手法』前掲注（7）、185～186頁参照。

## 第2節 要綱行政の背景

従来の要綱行政の背景は、以下の実務上の四つの要因<sup>(13)</sup>によって地方自治体のやむをえない状況下で展開・運用されてきた。

第一に、「財政的理由である。市町村の負担能力を超える宅地開発が行われ、人口の急激な増加があったこと」を指摘する。第二に、「都市計画的ないし技術的要因である。法令上の開発許可基準が地域の実情に適合していないことなど」が挙げられる。また、第三に、「規範的要因である。条例制定権の限界に関する問題」がその一つの背景にあると言われている。第四に、「事実上の要因である。地方自治体の、長＝執行機関と議会という二元主義を前提に、執行機関と議会との力関係によって議会の議決が必要な条例形式をとりえないという制約のほか、地方自治体において法治主義に対する「信奉」がうすく条例化の必要が十分認識されていなかったという事実上の要因」である。

また、要綱行政の背景には、まず、自治体レベルにおいては、法令の不備と条例制定権の限界がある。1999（平成11）年改正前の地方自治法では土地利用規制は「法律の定めるところにより」実施される旨の規定があり、開発・建築に係る条例制定権の限界が実務上強く意識されていた。現在、法令の整備が進み、非権力性と不透明さを克服すべく条例化が進んでいるが、法令との抵触回避<sup>(14)</sup>の方策として要綱行政は残っている。

---

(13) 大田直史「行政手続法下の要綱行政」前掲注（4）、264頁参照。

(14) 黒川哲志ほか『確認行政法用語230 第2版』成文堂、2016（平成28）年、38頁参照。

## 第 2 章 要綱の定義と分類

### 第 1 節 要綱行政の意味

要綱とは、一般的には、法律・条例や規則の解釈、行政指導の基準、交付金・補助金の取扱い、行政の施策や取組の展開方針、事務処理の手順や方法などについて、重要な内容を定めものである。

形式的には、行政内部で定められた規範のうち、「閣議決定」、「告示」、「通達」、「通知」などの形式をとるもの、または特段の形式をとらないものに付される名称の一つであり、分野を問わず、国、地方公共団体を通じて多くのものが存在する。要綱には、法令に基づくものから、基づかないものもあり、内容も行政事務運営上の内部的な基準・手続を定めるものから、対外的な行政指導の基準に当たるものまで多岐にわたっており、要綱一般<sup>(15)</sup>についての法的性質を論じることは困難である。

要綱は、「行政組織内部的に定める「規程」とは異なり、各行政部局の事務事業「行政内規」として自己拘束に根拠づけているものであり、行政と住民（国民）関係事項を中身とする<sup>(16)</sup>」定義もある。

このように、要綱行政は、開発・建築に係る自治体行政において法令よりも厳しい内容の規制を行政指導により実現するために設けられた宅地開発指導要綱等に基づく行政（なお、要綱の法的性格は行政指導指針であり、行政手続条例定めにより意見公募手続の対象となり得る）を意味することが多い。例えば、用途・形態規制の強化、近隣調整（同意書取得）、負担金支払、従わない場合の制裁措置（建築確認留保、給水契約締結拒否、公表等）<sup>(17)</sup>が定められてきた。

(15) 大田直史「要綱の法的性質」前掲注（5）、52頁参照。

(16) 兼子仁『政策法務の新しい実務 Q&A』第一法規、2017（平成29）年、38頁参照。

とりわけ、法律学上においては、「要綱とは、議会によって制定された行政活動に関する規範（国会による法律、地方議会による条例）を補完するため、行政機関自らによって必要な規範が制定されているが（従来の学説はこれを「行政立法」と整理する）、これらは、法令の授權を要するが外部効果を持つ「法規命令」（政・省令、地方自治体の機関の規則など）と、法律の授權を要さないが内部効果しか持ちえない「行政規則」（訓令・送達・要綱）に大別される<sup>(18)</sup>」。

また、要綱は、訓令（国家行政組織法14条2項）、通達と異なり、実定法上の用語ではなく、行政運用に関して「基本的な、又は重要な事柄、又はそれをまとめたもの<sup>(19)</sup>」の総称である。

## 第2節 要綱行政の分類

行政法学で要綱が注目されるようになったのは、地方自治体における、いわゆる要綱行政の展開である。つまり、宅地開発指導要綱等に基づいて、1960年半ば以降、地方自治体が開発行為や建築、産業廃棄物の処理場設置の規制を法令の不備を補う形で行政指導を展開したことについて、負担的行政の性質を持つ要綱を法令の限界を行政指導によって補うことの根拠<sup>(20)</sup>とすることを問題点とした議論が起こったのである。

要綱行政は、今日まで、行政法学では、主に「宅地開発指導要綱等の負担的行政における要綱が法令の限界を補う行政指導の根拠や基準とされることによる問題が論じられてきた<sup>(21)</sup>」が、以下のように分類する場合がある。

多種多様な要綱を綿密に類型化すると、「行政を運営していく上で基本的又は重要な内部事務の取扱いについてまとめたもの（内部監察の実施に

(17) 黒川哲志ほか『確認行政法用語230 第2版』前掲注（14）、38頁参照。

(18) 木佐茂男『自治立法の理論と手法』前掲注（7）、184頁参照。

(19) 内閣法制局法令用語研究会『法律用語辞典』有斐閣、1993（平成5）年版参照。

(20) 大田直史「要綱の法的性質」前掲注（5）、52頁参照。

(21) 大田直史「要綱の法的性質」前掲注（5）、52頁参照。

関する要綱など)、補助金等の交付基準や給付事務の取扱いについてまとめたもの(補助金等交付事務取扱要綱など)、規制行政を遂行するに当たって法令の解釈や裁量基準を内部的な規範として定めたもの(規制行政の事務取扱要綱など)、規制的な行政指導をするに当たってその内容をまとめたもの(宅地開発指導要綱など)<sup>(22)</sup>に分類されることもある。

【表 1 性質・特徴による要綱の分類<sup>(23)</sup>】

要綱(名)	性質・特徴
宅地開発指導要綱 (規制指導要綱)	規制的な行政指導をするに当たってその内容を詳細に定めるもの
規制行政事務取扱要綱 (規制指導要綱)	規制行政を遂行するに当たって法令の解釈や裁量基準を内部的な規範として定めるもの
補助金等交付事務取扱要綱 (補助要綱)	補助金等の交付基準や給付事務の取扱いについて定めるもの
組織等結成・活動促進要綱 (組織要綱)	組織設置に関する規範として定めるもの(自主防災結成組織)
内部監察実施要綱 (組織要綱)	行政を運営していく上で基本的又は重要な内部事務の取扱いについて詳細に定めるもの

現在は、行政現場においては様々な行政要綱が存在している。今日までは、行政指導を定める「指導要綱」や、懇談会等の臨時的住民参加会議の「組織要綱」、金銭助成給付事業等を根拠づける「助成要綱」や「事業実施要項」は、行政内部的な扱ってきた経緯<sup>(24)</sup>があり、主要な要綱を大きく整理すると、【表 1】のような講学上の分類も可能であると思われる。

そのほか、国・地方を問わず、多種多様な要綱が運用されている。例えば、修学旅行援助要綱、生活保護世帯生徒修学援助支給要綱等の受益的行

(22) 木佐茂男『自治立法の理論と手法』前掲注(7)、185頁参照。

(23) 小林寿也「これまでの要綱の可能性と限界をどう考えたいのか」の分類を加工し、整理したものである。木佐茂男『自治立法の理論と手法』前掲注(7)、185頁も参考されたい。

(24) 兼子仁『政策法務の新しい実務 Q&A』前掲注(16)、38頁参照。



政を内容とする福祉行政に関する要綱、意見公募手続等の行政手続に関する要綱、<sup>(25)</sup>「道の駅」登録・案内要綱<sup>(26)</sup>などがある。

### 第3章 要綱行政の法的性質

一般的に要綱行政の性質は、自治体が法律や条例によらず、独自の指導要綱を定め市民や企業に対し行政指導を行うことである。「高度成長期に宅地の乱開発が進められ、各地の自治体は人口の集中に伴う学校および公共施設の整備に迫られたが、開発業者に対してもその負担を一部負わせ、公的施設や道路、公園整備などにも一定の指導基準を設け、その基準に満たない場合は開発行為を認めないという行政指導が行われた。宅地開発指導要綱行政がそれで、新たな非権力行政の一つとして注目<sup>(27)</sup>された。ただ、その方法が給水停止など社会常識を逸脱したり、拘束力の担保がないことからそのあり方について見直しを求める意見も強い。

更に、「行き過ぎた要綱」に対する任意性をめぐる問題を指摘する以前に「行政機関が、法律・条例外で宣言されていない一定の政策内容を自ら具体的基準として」要綱で対応することは、法律留保論における「重要事項留保説」<sup>(28)</sup>的観点から強く疑問視される場合もある。

その理由は、まちづくりの価値創造的性質、将来の地域像に関する住民

(25) 大橋洋一『行政規則の法理と実態』有斐閣、1989（昭和64）年、336頁参照。また、大田直史「要綱の法的性質」前掲注（5）、52頁参照。

(26) 国土交通省「道の駅案内」要綱（<https://www.mlit.go.jp/road/Michi-no-Eki/pdf/guidance.pdf>）を参照。道の駅の設置者は、国土交通省に届け出を提出し、オープン出来る仕組みになっている。また、道の駅は、この要綱によって、道路利用者のための「休憩機能」、道路利用者や地域の方々のための「情報発信機能」、そして「道の駅」をきっかけに町と町とが手を結び活力ある地域づくりを共に行うための「地域の連携機能」、の3つの機能を併せ持つ施設として機能している。

(27) ブリタニカ国際大百科事典参照。

(28) 角松生史「自治立法による土地利用規制の再検討」原田純孝ほか編『日本の都市法Ⅱ』東京大学出版会、2000（平成12）年、340頁参照。

参加による自己決定としての性質を強調するのであれば、なおのこと法定の手続による議会の関与が重要になろう。<sup>(29)</sup>本章は、要綱の法的性質に関して、誘導行政（行政指導）としての性質、要綱行政の内容的性質、要綱行政の法理上の克服（判例の分析・整理）の要素を取り上げて検討する。

## 第1節 誘導行政（行政指導）としての性質

誘導行政とは、「行政主体が私人に対して、法的義務を課すわけではなく、何らかの利益付与または不利益付与を行うことにより、意図的に私人の行為選択に影響を及ぼし、その意味で、私人の行為選択が純然たる任意とはいえない場合」<sup>(30)</sup>のことをいう。

日本の経済・産業政策は、誘導行政の好例である。経済成長期から今日まで行政現場においては、しばしば誘導行政を用いるケースがある。例えば、経済計画や産業ビジョンの立案過程では、各界からの参加者が審議会での政府案の検討・作成に携わるが、この過程を通じて参加者間に緩やかな合意がもたされる。

この概念は、行政主体による望ましい方向に行政対象の行動を導いていくスタイルの行政活動のことをいい、「許認可行政や給付行政とも重なり合うが、政策実施の手段だけでなく、望ましい政策の目的やビジョンの作成・立案の在り方も含む」<sup>(31)</sup>性質を有する。その実施段階では、強制的な手段を用いることなく、政策融資や税制上の優遇措置などの支援的手段により誘導するというわけである。

また、従来からの議論であるが、行政指導の基準としての要綱がある。<sup>(32)</sup>

(29) 角松生史「自治立法による土地利用規制の再検討」前掲注(28)、340頁参照。

(30) 中原茂樹「行政上の誘導」磯部力、小早川光郎、芝池義一編『行政法の新構想Ⅱ』有斐閣、2008（平成20）年、204頁参照。

(31) ブリタニカ国際大百科事典参照。

(32) 行政指導の基準としての要綱については行政手続法36条の定めがあり、行政指導の明確化の観点から「同一の行政目的を実現するため一定の条件に該当する複数の者に対し行政指導をしようとするときは、行政機関はあらかじめ、事案に応じ、行政指導指針を定め、かつ、行政上特別の支障がない限り、これを公表しなければな

要綱行政における「要綱は、条例・規則とは異なり、行政規則としての性質を有しており、一般に、住民の権利義務を直接拘束する法規範ではない。しかし、実際の要綱は行政指導の指針、基準であるということから、行政指導にかかわる裁量性に着目すれば裁量基準としての意味を有していると言える。これについては行政の恣意防止、法的安定性の確保などの要請を考慮<sup>(33)</sup>」が前提であるとの意見が支配的である。特に、「行政指導指針」とは、行政指導の方針・基準であり、要綱行政の要綱が典型として想定されて<sup>(34)</sup>いる。

## 第2節 要綱行政の内容的性質

要綱行政は、法律や条例と異なり、行政処分・強制措置・罰則のような権力行政を根拠づける性質ではなく、事実行為の一種として住民（国民）に対して義務付け・拘束しない、いわゆる事務事業である<sup>(35)</sup>。

特に、自治体の定める要綱は、基本的に行政規則という内部的な定めであるから、法的強制力を持ったり、義務付けるようなものではないが、対外的に住民・事業者に対して行われる行政指導、給付等の行政、行政手続<sup>(36)</sup>に関する規範であるという性質も持っている。

従来、公法（行政法学）上の要綱行政が行われる場面としては、「許認可を申請しようとする者や不利益処分を受けるかも知れない者にとって

---

らない」と規定している。

(33) 大田直史「要綱の法的性質」前掲注（5）、52頁参照。合わせて古典的な要綱の法的な位置づけに関しては、芝池義一「行政法における要綱および協定」芦部信喜ほか（編著）『基本法学4（契約）』岩波書店、1983（昭和58）年、283頁参照。

(34) 大田直史「要綱の法的性質」前掲注（5）、52頁参照されたい。行政手続法3条3項により、要綱は、行政指導の基準として、行政手続法36条と同様、公表義務がある。要するに、地方自治体の行政指導への本規定の適用は除外されているが、各自治体が定める行政手続条例でこの規定の趣旨に沿った規定を設けている場合には要綱の公表が義務付けられることになる。

(35) 兼子仁『政策法務の新しい実務 Q&A』前掲注（16）、38頁参照。

(36) 大田直史「要綱の法的性質」前掲注（5）、52頁参照。

も、法律の範囲内での行政執行を求めることによって行政との間に軋轢を生じさせるよりも、要綱に従って行政との合意を積み重ねることによって、円滑に許認可を得たり、不利益処分を免れることが出来た<sup>(37)</sup>」のである。

要綱による行政の運用には、とりわけ、多くの従来の指導要綱に共通する内容を整理すると以下である。

第一に、規制強化指導基準条項であり、「法令の定める規制基準よりも厳しいまたは細かな規制の基準を定め、例えば、中高層住宅建設の際の周囲に対する配慮、最低敷地面積、駐車場の設置などを定め、行政指導の基準<sup>(38)</sup>」としての意味を持つものである。

第二に、協議・住民同意等の手続条項であり、「開発行為の首長への事前届出、首長との協議を要求するもの、また周辺住民の同意を求め<sup>(39)</sup>る」内容がそれにあたる。

第三に、制裁条項であり、「行政指導に従わない者に対する行政サービス提供の拒否や処分の留保、違反事実や違反者氏名の公表等を定め<sup>(40)</sup>る」条項である。

第四に、負担条項であり、「宅地開発等を行う事業者に対して、道路・公園等の公共施設の用地を無償で提供することや、負担金の納付を求める<sup>(41)</sup>こと」を内容とする指導要綱条項のことをいう。

### 第 3 節 要綱行政の法理上の克服

ここでは、要綱行政のメリット・デメリットについて検討し、行政法学上の要綱行政の制度上・法理上において克服されてきた内容に関する検討を行う。また、本節では、指導要綱をめぐる判例を中心に従来の要綱の適

(37) 木佐茂男『自治立法の理論と手法』前掲注(7)、186頁参照。

(38) 大田直史「行政手続法下の要綱行政」前掲注(4)、265頁参照。

(39) 大田直史「行政手続法下の要綱行政」前掲注(4)、265頁参照。

(40) 大田直史「行政手続法下の要綱行政」前掲注(4)、265頁参照。

(41) 大田直史「行政手続法下の要綱行政」前掲注(4)、265頁参照。

法・違法性について再検討する。

### （１） 要綱行政の長所（メリット）

要綱行政の長所（メリット）は、「地方自治体にとって、指導要綱は法的建前としては強制力のない単なる事実上の協力要請に過ぎず、行政機関の任務又は所掌事務の範囲内であれば、法律の根拠を必要としないことから、…地方自治体は法的拘束を受けずに行政課題に臨機応変に対応する<sup>(42)</sup>」ことができる。

特に、「指導要綱は地方自治体の有する多様な権限を背景とした実行力を有しており、実際は権力的な規制にほとんどかわらない効果をもつことから、地方自治体は条例制定権の限界に関する議論を回避して規制行政を行う<sup>(43)</sup>」ことが可能になった。

次に、要綱（行政）をめぐる裁判の動向について要綱による行政指導の違法性や要綱制定の是非に関し、違法にならなかった事案や要綱制度それ自体には権利性がないため、肯定した判例について検討する。

判例としては、要綱行政に肯定的な判例<sup>(44)</sup>として、パチンコ店を開業する目的を隠し、書店を開業するという名目で市の開発事業指導要綱等に定める手続を履践して建物を建築した者が、建築基準法（1999（平成11）年法律第87号による改正前）87条1項に基づいてしたパチンコ店への用途変更に伴う建築確認申請に対し、市建築主事は何らの処分もしないのは違法であるとしてした不作為の違法確認請求につき、「一般に、建築主が行政指導に応じないとの意思を明確にした場合であっても、建築確認を留保することが常に違法となるわけではなく、建築主の受ける不利益と行政指導の目的とする公益上の必要性とを比較衡量し、行政指導に対する建築主の不

(42) 木佐茂男『自治立法の理論と手法』前掲注（7）、186頁参照。

(43) 木佐茂男『自治立法の理論と手法』前掲注（7）、186頁参照。

(44) 横浜地判1998（平成10）年9月30日、判例自治185号、86頁、LEX/DB28040926参照。

協力が社会通念上正義の觀念に反するといえるような特段の事情が存在するときは、その留保は違法とはいえないとした<sup>(45)</sup>事件である。

その他、指導要綱による負担金に関する行政指導の違法性を争った、「教育施設負担金返還請求控訴事件」<sup>(46)</sup>では、宅地開発等に関する指導要綱に基づき教育施設負担金を納付させたことについて、強迫によるものであるとしてその返還を求め、また予備的に国賠法 1 条により賠償を請求したことに対して、行政指導は強迫にあらず、また限度を越えた違法な公権力によるものではないと判示した。

神戸地裁の「不当利得金返還請求事件」<sup>(47)</sup>では、宅地開発指導要綱に基づき整備協力金を市に納付するよう開発事業者に対して求めた行政指導により損害を受けたとして納付した協力金相当額の国家賠償請求等がなされた事案において、要綱行政は開発事業者の任意の協力を前提としており法令等に直接の根拠がなくとも違法とはいえず、その協力金は納得して納付されたものと認められ、行政指導は違法とはいえないとして請求を棄却した。

負担金以外の分野において、埋蔵文化保護のための行政指導と調査費用

(45) 開発事業指導要綱による留保は、違法ではないとしつつ、市の行政指導に応じないという意味を明確にしたものといえるが、「同人は、市の行政指導に従って近隣住民に対する説明会を 5 回にわたって開催し、用途変更について説明するとともに、店舗の用途を偽って建物を建築した不公正を謝罪するなどしたのであるから、同請求をした時から一定期間を経過した後は、その不公正が社会通念上正義の觀念に反するといえるような特段の事情は解消したものというべきであるとして、請求を認容した事例」である。この建築確認不作為の違法確認請求、損害賠償請求事件の法律留保に関しては、判例タイムズ1015号、120頁参照。

(46) 教育施設負担金返還請求控訴事件は、判例時報1268号、39頁参照。

(47) 神戸地裁1998（昭和63）年11月18日判決、判例タイムズ702号、148頁参照。また、同事件の判例地方自治61号、63頁を参照されたい。要するに、「指導要綱の規定は開発事業者に一定の義務を課する法規と同一の形式を採っており、またその内容においても開発協力金が全く自発的な任意の意思による寄附の趣旨であるとはいえず問題がないとはいえないが、開発事業者の任意の協力を前提とするものである限り、指導要綱及びこれに基づく開発協力金納付に関する行政を違法とすべき理由がない」とされる。

負担をめぐる「損害賠償請求控訴事件」<sup>(48)</sup>では、発掘調査の指示により、発掘者がある程度の経済的負担を負うことになっても、文化財保護法の趣旨を逸脱した不当に過大なものでないかぎり、発掘者が受忍すべきであって、行政指導（要綱）に違法はないとされた。

また、要綱制度自体の是非を争った、神戸市ホテル等建築指導要綱の「行政処分取消請求事件」<sup>(49)</sup>では、ホテル等の建築等をしようとする者は建築確認申請等の手続を開始する前に神戸市長の同意を得なければならないと定める神戸市ホテル等建築指導要綱の規定に基づいてした神戸市長の同意は、抗告訴訟の対象である行政処分に当たらないとし、ホテルの増築について、建築確認申請・ホテル営業許可等申請の手続前にした市長のホテル等建築指導要綱に基づく同意は、行政処分ではないとされた事例がある。要綱による同意に基づくホテルの増築計画に対し、住民が同意の取消を求めたが、要綱は法的拘束力を市民に及ぼすものではない。同意をもって法律上の効果は発生しないとされた。

その他、要綱制度をめぐる、「下水道建設負担金徴収差止等請求事件」<sup>(50)</sup>において、神戸市による公共下水道の整備に関する開発者負担要綱が定められただけでは法律上の争訟は存在しないとされた事例もある。

## （２） 要綱行政の短所（デメリット）

しかし、要綱の短所（デメリット）としては、「実質的な規制を形式的には非権力的な要望として行われることによって、行政指導の相手方は法律

---

(48) 東京高裁1985（昭和60）年10月9日控訴審判決、判例タイムズ568号、48頁参照。埋蔵文化財包蔵地に土木工事の目的で発掘を行う者に対し地方公共団体が要綱による行政指導として工事の停止を求めたことが違法でないとされた。

(49) 神戸市ホテル等建築指導要綱の行政処分取消請求事件、神戸地裁1985（昭和60）年3月25日判決、判例タイムズ557号、557頁参照。

(50) 神戸地裁1985（昭和60）年10月28日判決、判例地方自治21号、55頁参照。要綱を定めたことが将来、開発者として影響があるとしてその要綱無効確認請求を求めたが、要綱制定そのものでは具体的な権利義務に関する争いにならない（裁判所法3条）とされた。



的には自発的に要綱に従ったとされ、法的手段で指導の違法を争うことが難しいこと、行政の無責任性を助長し違法な行政指導を横行させる原因となったこと<sup>(51)</sup>、要綱行政の用いることによる安易な行政指導に依拠し、法律の空洞化や事柄を不明確に処理してしまうことである。

特に、要綱行政は「うしろめたい裏わざ」<sup>(52)</sup>である見方があり、「告示」化のような透明性・公正性が欠けている面も否定できない。その弊害が現れたのは1970年代に、都市環境保全に関する法令の不備を内規要綱で補完する動きが生じた。<sup>(53)</sup>ところが、東京・武蔵野市の宅地開発指導要綱(1971(昭和46)年)に従わない建築業者のマンション建築現場に給水を拒否したところ(1977(昭和52)年)、元市長が水道法違反で罰則有罪にされてしま<sup>(54)</sup>った。

要綱行政<sup>(55)</sup>に関しては、リーディングケースの1つである、この「武蔵野市水道法事件」では、行政指導たる市の宅地開発指導要綱に従わない者に対し、その制裁措置として水道の給水拒否をなしうるかについて、本判決では、水道法15条1項は、「水道事業者は、事業計画に定める給水区域内の需要者から給水契約の申込を受けたときは、正当の理由がなければ、これを拒んではならない」と規定し、同法は、その規定に違反した者に対し、刑事罰をもって望んでいると考え、本件において、市当局が、マンション建設業者が市の宅地開発指導要綱に従わない意思を明確に表明しているにもかかわらず、市の宅地開発指導要綱を遵守させるため給水契約の締結を留保した行為は、水道法15条1項にいう給水契約の締結を拒んだ行為にあたりとされ、給水契約を締結して給水することが公序良俗違反を助長

(51) 木佐茂男『自治立法の理論と手法』前掲注(7)、186頁参照。

(52) 兼子仁『政策法務の新しい実務 Q&A』前掲注(16)、41頁参照。

(53) 兼子仁『政策法務の新しい実務 Q&A』前掲注(16)、41頁参照。

(54) 最高裁1989(平成元)年11月8日決定、判例時報1328号、16頁参照。合わせて、吉田善明「要綱行政の意義と展望—武蔵野市を中心に—」前掲注(8)、26頁～31頁参照。刑事責任に関しては、第一審判決で有罪にされた。

(55) 上記の武蔵野市長給水拒否事件上告審決定に関して、合わせて、判例タイムズ710号、274頁、判例時報1328号、16頁も参照されたい。



するような事情にもならないとして、このような場合に給水契約の締結を拒むことは水道法15条1項にいう給水契約を拒みうる「正当の理由」にはあたらないとした。

また、本事件の地裁（第一審）判決<sup>(56)</sup>においては、その指導要綱の法的な性格について「要綱は、市が法令によらずに行政指導することの方針を示したものにすぎず、もともと法的拘束力ないし強制力を有するものでなく、勧告的、任意的なものであって、相手方に任意の協力を要請するにすぎないものである。したがって相手方はこの協力要請に従うか従わないかの選択権を有し、行政指導を受けた相手方がそれに従わないからといってなんらの不利益をこれに与えるような措置を法的に行いうる道理はない」とした。また、その第二審は、「指導要綱は法律、条例とは異なり相手方の任意の履行を期待する行政指導の方針を示す内部的準則である。一種の慣習法的存在ということであっても、法的確信に裏づけられた真正の慣習法を意味するものではない」と判断した。

その他の判例においても、マンション建築紛争のため建築確認を保留した<sup>(57)</sup>ことに対する損害賠償事件では、特別な事情がない限り、要綱による行政指導を理由とする建築確認の保留は違法であるとしつつも、「建築行政指導が建築主の任意協力」を引き出しているうちは違法にはならないとした判例がある。

また、要綱による負担金は違法な公権力の行使に当たるとして返還請求を求めた教育施設負担金返還請求事件<sup>(59)</sup>において、要綱に基づく金銭負担を

---

(56) 東京地裁八王子支部1983（昭和58）年2月24日判決、刑事裁判月報16巻1・2号、136頁、判例地方自治2号、73頁参照。刑事責任関連では、市長が、マンション業者らからの給水契約の申込みを、市の宅地開発指導要綱に基づいて拒否した行為について、水道法15条1項にいう「正当の理由」がないとされ、その行為が刑法35条の正当行為に当たらず、かつ、可罰的違法性を有するとされた。

(57) 東京高裁1985（昭和60）年8月30日判決、判例地方自治22号、49頁参照。

(58) 最高裁1985（昭和60）年7月16日判決、民集39巻5号、989頁、判例時報1168号、45頁参照。

(59) 最高裁1993（平成5）年2月18日判決（教育施設負担金返還請求事件）、判例

要求した行為が国家賠償請求法にいう違法な公権力の行使に当たるとし、「マンションを建築しようとする事業主に対して指導要綱に基づき教育施設負担金の寄付を求めた事案において、右指導要綱が、これに従わない事業主には水道の給水を拒否するなどの制裁措置を背景として義務を課することを内容とするものであって、当時、これに従うことのできない事業主は事実上建築等を断念せざるをえなくなっており、現に指導要綱に従わない事業主が建築したマンションについて水道の給水等を拒否していたなど判示の事実関係の下においては、右行為は、行政指導の限度を超え、違法な公権力の行使に当る」と判示した。

ここで取り上げている判例は、要綱のデメリットとして判断されたより「法律による行政の原理」の観点から要綱（行政指導）をめぐる法的な許容範囲である権利保護に関する法的性質の判断である。

### (3) 要綱行政の制度上・法理上の克服

第一に、要綱行政に対する意識・制度的な変化と共に、行政改革（緩和）<sup>(60)</sup>の潮流の中、規制の廃止や不必要な行政関与に対する見直し<sup>(61)</sup>や、行政指導の行き過ぎた国の法制度に係る改革として、建築確認等の民間開放時代に対応できなかった改善のための「要綱行政」の限界が指摘できる。<sup>(62)</sup>

例えば、事実上の制限を果たす要綱行政に実行力を与えるため、多くの地方自治体において、行政サービス提供拒否、申請者に対する不協力など

---

地方自治112号、53頁、民集47巻2号、574頁参照。要するに、市がマンションを建築しようとする事業主に対して指導要綱に基づき教育施設負担金の寄付を求めた行為が違法な公権力の行使に当たるとされた。

(60) 大橋洋一「これからの行政指導・指導要綱」小早川光郎『地方分権と自治法務』ぎょうせい、2000（平成12）年、199頁参照。

(61) 大橋洋一「これからの行政指導・指導要綱」前掲注（60）、199頁参照。

(62) 大橋洋一教授は、過剰な日本の行政関与の特徴として、「特に免許制より市場への新規参入を規制するような事前的行政関与（受給調整規制）が当然のこととして行われてきた経緯」を指摘する。詳細は、大橋洋一「これからの行政指導・指導要綱」前掲注（60）、198頁参照されたい。

行政指導に従わない者に対する制裁措置が指導要綱に規定され、指導要綱は行政指導の取扱いをまとめた内部規範に止まらず、事実上の侵害行政の根拠規範として扱われた。<sup>(63)</sup>

特に、実体的上乗せの基準を提示する規制的指導要綱の場合、その問題点は、いわゆる「任意性」の有無であり、その厳守の確保を事実上強制するような手段が用いられているかが指摘される。<sup>(64)</sup>

第二に、分権改革の大きな変化の中、地方分権の進展の一環として、自治体の自己決定権の拡大と住民自治の充実の要請や自治体の条例制定権の広がりと共に改正された地方自治法における機関委任事務制度の廃止等が掲げられる。また、国（中央政府）－自治体－市民の関係のすべての部分における過剰な関与の排除が行政指導（要綱行政）に変化をもたらしたのである。<sup>(65)</sup>

第三に、行政改革の進展に伴い、行政に対する説明責任の強化であるが、情報公開法の制定と自治体の情報公開条例整備の要請と共に、行政指導（要綱行政）の実施、方法、時期、規模等についての説明責任の法定化である。<sup>(66)</sup>例えば、中央省庁等改革基本法や行政手続法の主要な改正内容である「国におけるパブリック・コメントの制度化」である。更に、現在は、早期の市民参加、政策形成過程の透明化等が、指導要綱策定手続についての考慮事項になっている。

第四に、行政手続法の制定や改正に伴い、自治体の行政手続制度整備の要請や行政指導に関するルールが法定化された。<sup>(67)</sup>

第五に、国・自治体の行政活動の準則制定過程への市民参加の仕組みの

(63) 木佐茂男『自治立法の理論と手法』前掲注（7）、187～188頁参照。

(64) 角松生史「自治立法による土地利用規制の再検討」前掲注（28）、340頁参照。

(65) 大橋洋一「これからの行政指導・指導要綱」前掲注（60）、194頁、195頁参照。

(66) 大橋洋一「これからの行政指導・指導要綱」前掲注（60）、195頁参照。

(67) 宇賀克也『行政法概説Ⅰ 行政法総論 第6版』有斐閣、2017年、421頁参照、行政手続法の制定の経緯については、418頁～421頁参照。主に、同書第6部第22章を参照されたい。

拡大や計画策定における意見募集、自治体への要請・提案の制度が強く要求されることになり、いわゆる市民参加の理念の拡大化が強調されたのである<sup>(68)</sup>。

本稿の問題意識である、要綱行政の公正性・透明性を確保し、他の規制手法に補完する役割はどのような範囲であるべきか。また、行政手続法の下での要綱行政（行政指導<sup>(69)</sup>）の実行性を活用することに通じて、行政指導の範囲内で「補完」する役割を止まらず、国民・住民にとって権利利益に合致する要綱行政の法的な位置づけや機能的な側面の分析について上記「第三・第五」に関しては、次章において詳細に検討する。

## 第 4 章 要綱の機能的な側面

本章は、要綱行政の存在理由として、機能的役割について論じる。今後、議会の議決を得た法律や条例が行政任務（例えば、まちづくり）における総合的な役割を担うことは、法治国家の当然の任務である。なお、要綱は、「早期対応、柔軟かつきめ細かな対応に従事するという性格が活かされる」機能も用いることが予想できる。

更に、要綱に求められる役割としては、第一に、要綱の創造性・柔軟性を活かすことである<sup>(70)</sup>。例えば、都市問題においては、指導要綱は、「地域によって、また時間によって変化するという意味で流動的であり、建築物の建築そのものについて積極的に価値的である<sup>(71)</sup>」ものとして肯定的に捉え

(68) 市民参加の仕組みの拡大等に関する詳細な検討は、本稿・第 5 章において分析する。

(69) 今日まで行政指導は、その法的な性質上、インフォーマルな形式に行われたとのマイナス的な要素である「行き過ぎ」が指摘されてきたが、実際に、「行政手続法は、行政指導に関しては、一定のルールと限界を規定しているにとどまり（北村喜宣『自治体環境行政法』前掲注（2）、179頁参照。）」、これを禁止しているわけではないので、適法な行政指導（要綱）は、運用次第によって、行政機関の工夫が望ましい見方もあり得るように思われる。

(70) 角松生史「自治立法による土地利用規制の再検討」前掲注（28）、340頁参照。

る。この要綱の役割を「実質的合理性・柔軟性」機能という。

また、要綱には、早期対応的性質を活かした「ワン・ポイント・リリーフ (one point relief)」<sup>(72)</sup> 的役割が期待される。特に、法律や条例の制定前に、「つなぎの措置」として少なくとも、「実効ある規制システムのあり方を要綱という形で模策する」<sup>(73)</sup> ことは、試行的先導性の観点から重要であるとの指摘がある。これを角松生史教授は、「要綱の認知的・試行的先導性」<sup>(74)</sup> と呼ぶ。この要綱の役割を「早期対応的性質」機能という。

そして、要綱は、行政指導を行い、私的当事者間の合意による秩序形成で用いる場合があり、単に事実上のものとして法的には無視すべきか、それとも様々な合意形成の積み重ねから生まれてくる、いわば自主的秩序として無視できない正当性を持つと考えているケースがある。<sup>(75)</sup> この要綱の役割を「実質的合理性・柔軟性」機能という。

その他、以下において、許認可（規制制度）の補完的（役割）機能、実験法としての機能、見直し規定（サンセット方式）機能、誘導行政機能に関して詳細に検討する。

【表2 要綱の機能（役割）】

- |                      |
|----------------------|
| ①実質的合理性・柔軟性の機能       |
| ②早期対応的性質の機能          |
| ③実質的合理性・柔軟性の機能       |
| ④許認可（規制制度）の補完的（役割）機能 |
| ⑤実験法としての機能           |
| ⑥見直し規定（サンセット方式）機能    |
| ⑦誘導行政機能              |

(71) 五十嵐敬喜『都市法』ぎょうせい、1987（昭和62）年、89頁参照。

(72) 角松生史「自治立法による土地利用規制の再検討」前掲注（28）、341頁参照。

(73) 北村喜宣『自治体環境行政法』前掲注（2）、55頁参照。

(74) 詳細は、角松生史「自治立法による土地利用規制の再検討」前掲注（28）、340頁～343頁参照。

(75) 中川丈久「日本におけるインフォーマルな行政手法論—「行政指導は普及的か？」についての試論」神戸法学雑誌48巻2号、1998（平成10）年、443頁～539頁参照。

## 第 1 節 許認可（規制制度）の補完的（役割）機能

前述のように、行政立法は、法令の授權を要するが外部効果を持つ「法規命令」（政・省令、地方自治体の機関の規則など）と、法律の授權を要さないが内部効果しか持ちえない「行政規則」（訓令・送達・要綱）に大別されて運用してきたが、法律学上においては、要綱とは、議会によって制定された行政活動に関する規範として、国会による法律や地方議会による条例を補完するため、行政機関自らによって必要な規範が制定されていることが多い。従来<sup>(76)</sup>の学説は、行政立法の範疇に属させ整理してきた。

1970年代以降、開発指導要綱の多くは、都市計画法の補完的役割を担いながら、全国の市町村、都道府県に急速に普及するに至ったが、1983（昭和58）年8月に通達された「宅地開発指導要綱に関する措置方針」（同時建設省）が指導要綱の「行き過ぎ」を指摘しことや、あくまで行政指導に止まる指導要綱の法的限界が表面化したこと等により、各議会により立法化された条例によって独自の都市づくり行政の展開を図ろうとする動きが始まった<sup>(76)</sup>。

このように要綱は、条例や法律の補完的な役割を担っていることは、現在においても重要な機能としてその存在理由はある。

## 第 2 節 実験法としての機能

要綱の機能としては、新規課題について実験を展開し、データを収集するという機能がある<sup>(77)</sup>。まず、実験法とは、立法者が既に存在する法律や立法を予定する項目につき、今後起きうる危険・リスクに対して、将来に向けてその法的効果を可能な限り、事前に対応することをいう<sup>(78)</sup>。

(76) 内海麻利・小林重敬「都市計画法等補完型条例と開発指導要綱の関係に関する研究」1996年度第31回日本都市計画学会学術研究論文集、553頁参照。

(77) 大橋洋一「これからの行政指導・指導要綱」前掲注（60）、203頁、203頁参照。

(78) 拙稿「リスク規制における立法手法」早稲田法学85巻3号、2010（平成22）年、1193頁参照。

このような実験法としての運用は、従来からも存在したものであり、当初、要綱からスタートしたものが後に法律や条例へと進化していくという<sup>(79)</sup>法の発展プロセスはこれまでもみられたところである。<sup>(80)</sup>

実験法形式は、時間的な考慮のみを念頭におく場合は、「法令の有効期間を定めない恒久法に対し、有効期間を定めて立法された法令」の意味を持つ「限時法」との区別ができなくなるので、将来に向けてその法的効果を可能な限り、事前に審査する実験法の機能を活かすことが、運用手法として重要であると思われる。<sup>(81)</sup>

例えば、オンブズマン制度は最近では自治体で制度化するところが増加傾向にあるが、その場合の法的根拠として、始めから条例により制度化を図るところのほか、要綱で試行を重ねようとするところも存在している。<sup>(82)</sup>

その他、環境分野においては、自然環境整備交付金の交付に関しては、予算の範囲内において交付するものとし、補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律、補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律施行令、その他の法令及び関連通知のほか、「自然環境整備交付金交付要綱」<sup>(83)</sup>に定める場合がある。

しかし、実験法形式を用いる際、以下の前提が置かれなければならない。

（１）抽象的な法律は、将来の法効果にかかわる不確実性の故に、条件

(79) 角松生史「自治立法による土地利用規制の再検討」前掲注（28）、342頁、343頁参照。

(80) 具体的な紛争事例の登場→自治体による問題の認知と調整の試み→地域住民による新たなかちの発見・共有→要綱等による試行的な対処→条例による一般化という法（条例）の発展プロセスの過程において重要な役割（認知的・試行的先導性）を果たしてきたことも否定できない。角松生史「自治立法による土地利用規制の再検討」前掲注（28）、342頁、343頁参照。

(81) 拙稿「リスク規制における立法手法」前掲注（78）、1195頁参照。

(82) 大橋洋一「これからの行政指導・指導要綱」前掲注（60）、203頁参照。

(83) この要綱の公布日は、2005（平成17）年4月1日である。更に、この要綱の細部については、別途、自然環境整備交付金取扱要領に定めている。

的もしくは期限的な効力を活用することになる。安定的な法律効果の評価を待つより、寧ろ改善される（されうる）ことを前提に運用することである。<sup>(84)</sup>

（２）多様な利害関係や価値観の対立が予想される分野における学習の姿勢や学習能力が問われることから、それを準備できる仕組みや実験立法を通じて結果として市民の利益にならなければならないことを前提に実施されるべきであると考え。なぜこのような前提が必要となるかという点、実験立法の核心は、抽象的な法律は事柄の複雑さや不確実性を有する状況の下、事前的な法律評価ができないからである。また、将来の不確実的な法律的效果を配慮し、実験的に法律の公布を通じて事前に審査できるメリットがあるからである。<sup>(85)</sup>従って、この類の機能は、行政運用の時代の変化や臨機応援に対応できる。

### 第 3 節 見直し規定（サンセット方式）機能

本来、サンセット方式とは、法律を「日没」いわゆる、終わりの日を規定した時限法にすることで、法律によって生まれる行政組織や行政事業が増えすぎるのを抑える制度であるが、要綱の試行措置や実験措置としての機能を期待されて制定される要綱の場合には、そのような性格に起因する制約を受ける点も看過してはならない。<sup>(86)</sup>

要綱行政を実施するにあたって、サンセットの役割は、本来であれば、行政評価というのはサンセット方式の有無にかかわらず重要であるはずが、組織や事業に対する評価が重視されることによって、行政評価がなければ延長の可否を決める判断材料がなくなってしまうリスクがある。

要するに、サンセットの機能は、要綱行政の実施機関に対する「廃止されてしまう危機感」「絶えざる監視」の効果がある。結果として、行政が

(84) 拙稿「リスク規制における立法手法」前掲注 (78)、1194頁参照。

(85) 拙稿「リスク規制における立法手法」前掲注 (78)、1194頁、1195頁参照。

(86) 大橋洋一「これからの行政指導・指導要綱」前掲注 (60)、203頁、205頁参照。



絶えず評価にさらされることになり、国民や住民の監視が行きわたる成果につながると思われる。

例えば、要綱について3年で自動失効すると定めて、期限を迎えた場合には、成果をまとめた報告書を外部の第三者機関の評価にゆだね、その成果に基づき次のステップを展望するといった仕組みも重要であり、このような工夫を凝らさずにただ漫然と従来の要綱の延命を図るためだけに実験<sup>(87)</sup>の名称を与えることは、単なる形式の濫用であるように思われる。

#### 第4節 誘導行政機能

行政指導の役割として要綱は、行政機関が行政目的を達成するために、助言・指導といった非権力的な手段で国民には働きかけてその協力を求め、国民を誘導して、行政庁の欲する行為をなさしめようとする機能を有している。

例えば、かつての指導要綱の展開の経緯において、対象、地域、規制の面においては補完的な役割を果たしてきたのと同様に、誘導的な機能を有しており、とりわけ、自治体が主体となり、一つの方向性を持ったまちづくりを誘導しようとする指導要綱が制定されている傾向であった。これは、指導要綱が、従来考えられていた、後追いの規制や生活環境保全といった規制的手法ではなく、創造的誘導手法として機能し始めてきている<sup>(88)</sup>と言える。更に、こうした指導要綱の変化が、都市づくりにおける新たな方向性の一つであると考えられてきていることも事実であると思われる。

以上のように、要綱の機能<sup>(89)</sup>としては、相互共通する性質はあるものの、

(87) 大橋洋一「これからの行政指導・指導要綱」前掲注(60)、205頁参照。

(88) 内海麻利・小林重敬林・大方潤一郎「宅地開発・建築指導要綱の規制対象・内容の変化に関する基礎的研究」都市住宅学11号、1995（平成7）年、85頁参照。

(89) 例えば、本稿第2章において紹介した、国土交通省の要綱である、「道の駅」登録・案内要綱の機能的な側面について、まとめると、道の駅の要綱の役割は、地域活性化、交流促進、災害拠点、農業振興、地域情報の発信、地域創生、環境保全の役割など、多様な公益性を発揮する機能を持つものであると思われる。詳細は、国土交通省「道の駅」の要綱を参照されたい。

大きく分類すると、【表 2】のように、実質的合理性・柔軟性の機能、早期対応的性質の機能、実質的合理性・柔軟性の機能、許認可（規制制度）の補完的（役割）機能、実験法としての機能、見直し規定（サンセット方式）機能、誘導行政機能に分けられる。

## 第 5 章 要綱の現代的な存在理由

要綱行政を活かすためにも、行政活動の実効性を図るためにも、いかに要綱を活用していくかも重要である。前章で検討・整理した要綱の機能的価値に加え、いわゆる、数値性や客観性のない情緒的価値を制度上、どのように確保・正当化すべきか、要綱運用の際に重要な手続的保障装置に関して述べる。

特に、手続法は、個人的権利利益の保護を目的とするものであって、その意味では法治主義の充実がその理念である。従って、行政手続における民主主義的見地からの公衆の参加の理念およびその法的仕組みはみられな<sup>(90)</sup>い指摘がある。法制度の限界として、例えば、申請手続における公聴会の開催の定めや住民参加というよりは、行政決定の要考慮に関する情報収集<sup>(91)</sup>の強化の意味を赴くシステムである。

---

(90) 塩野宏『行政法 I 〔第 6 版〕行政法総論』有斐閣、2015（平成 27）年、310 頁参照。

(91) 行政手続法 10 条の制定趣旨は、利害関係者の主観的な利益保護に資するものである。要するに、申請者以外の第三者の利益を考慮しなければならない許認可等では公聴会を開催するなどして意見聴取すべき、ということであるが、「必要に応じ」「努めなければならない」という文言の通り、これは努力義務であり、必ずしも開かないと申請の判断をしてはいけない、というわけではない。「行政庁は、申請に対する処分であって、申請者以外の者の利害を考慮すべきことが当該法令において許認可等の要件とされているものを行う場合には、必要に応じ、公聴会の開催その他の適当な方法により当該申請者以外の者の意見を聴く機会を設けるよう努めなければならない」と規定している。公聴会の開催に関する立法趣旨や詳細な内容は、高木光ほか『条解行政手続法（第 2 版）』弘文堂、2017（平成 29）年、206～210 頁を参照されたい。

今日まで行政指導の一環として用いられてきた要綱の現代的な存在理由を担保していくためには、要綱行政は、実施、方法、時期、規模等についての説明責任の法定化として、手続法上のパブリック・コメント制度化の実現が求められ、早期の市民参加、政策形成過程の透明化、指導要綱策定手続が強く要求されてきた。更に、行政活動の準則制定過程への市民参加の仕組みの拡大や計画策定における意見募集、要綱行政の担い手への要請・提案の制度が、いわゆる「市民参加の理念の拡大化」<sup>(92)</sup>に繋げなければならない課題に答えるべきであろう。

従って、本章においては、冷遇にされつつある要綱行政の機能的な側面を意識しながら、計画策定手続、意見公募手続（パブリック・コメント）制度、民主的な意思決定の重要性であると注目されている、PI（パブリック・インボルブメント＝市民参画）制度、討論型世論調査の積極的な運用が重要である前提に以下において検討する。

## 第1節 計画策定手続

計画策定手続は、1983（昭和58）年に「行政手続法研究会報告書—法律案要綱（案）」<sup>(93)</sup>においては、行政手続法の主要な対象に含まれていたが、<sup>(94)</sup>現在まで一般法としての行政手続法には明文化されていない。

---

(92) 特に、塩野宏教授の主張は、「計画手続の観点からは、行政計画においては、目標の設定とその目標達成のために複合的手段の提示という行政計画に性格そのものから、計画の民主的コントロール、利害関係者の参加、専門知識の導入、手続参加の根拠も複数に分かれる」と指摘される。塩野宏『行政法Ⅰ〔第6版〕行政法総論』前掲注（90）、345頁～346頁参照。

(93) 行政手続法研究会「行政手続法研究会報告書—法律案要綱（案）」ジュリスト810号、有斐閣、1984（昭和59）年、44頁～58頁参照されたい。

(94) しかし、実定法である「国土利用計画法」における計画策定手続は、関係行政機関の長による意見の提出（7条7項）、関係行政機関の長との協議（9条11項）、地方公共団体の長の意見聴取（9条10項）、関係機関との共同作業（5条7項）、審議会の意見聴取（5条3項、7条3項、9条10項）、閣議決定（5条2項）、公聴会開催（8条3項）、公表（5条6項、7条5項、8条4項、9条13項）、報告（7条5項、8条4項）、助言・勧告（7条6項、7条8項、8条5項）、送付（7条7項）

計画策定は、「直接的に国民の権利利益にかかわらないものである場合でも、国民生活の未来を規定し、孫子の代までの国民生活を左右するものであることを看過しえない」<sup>(95)</sup>制度である。

要綱行政は、説明責任の明確化、パブリック・コメント（意見公募手続）制度化、草案段階の市民参加、政策形成過程の透明化、指導要綱策定手続が法制度として運用することが望ましい。とりわけ、計画策定手続は、「関係行政機関の意見聴取、計画案縦覧、利害関係人への書面で意見を述べる機会の付与、意見を申し出た者についての聴聞の実施、および決定された計画の理由を付した公表から成る」<sup>(96)</sup>。

行政法学においては、この計画策定手続の定義は、行政機関において計画を作成するにあたりとられる手続をいう。行政計画は、将来にわたり広く社会秩序の形成・変動にかかわるものであるが、計画策定権者に広範な裁量が認められており、事柄の性質上その実体的統制が容易ではない。従って、手続的統制が重要な意義を有することになる。計画策定手続には、計画の専門性、計画間の整合性、利益調整の正当性および策定過程の民主性を担保する機能がある。実際に個別法では、国道利用計画法以外に、都市計画法（公聴会・16条、諮問委員会・18条）の手続方式による例がある。<sup>(97)</sup>

一般法として、行政手続法には、計画策定手続は運用されていないが、要綱行政の実施過程において、なお市民（住民）の意見反映など、民主主義的な側面は勿論、具体的に、関係行政機関の意見聴取、計画案縦覧、利害関係人への書面で意見を述べる機会の付与などの策定手続の要素の反映は急務であるように思われる。

---

等の条項が規定されている。

(95) 佐藤英善『経済行政法—経済政策形成と政府介入手法—』成文堂、1990（平成2）年、353頁参照。

(96) 交告尚史「計画策定手続」ジュリスト1304号、有斐閣、65頁、66頁参照

(97) 黒川哲志ほか『確認行政法用語230 第2版』前掲注（14）、35頁、36頁参照。

## 第2節 意見公募手続（パブリック・コメント）

意見公募手続とは、国の行政機関が命令等（政令、省令など）を定めようとする際に、事前に、広く一般から意見を募り、その意見を考慮することにより、行政運営の公正さの確保と透明性の向上を図り、国民の権利利益の保護に役立てることを目的としている<sup>(98)</sup>。

導入当時（1998（平成10）年10月20日・行政改革推進本部の規制緩和委員会）は、「規制の設定または改廃に伴い政令・省令等を策定する過程において、国民等の多様な意見・情報専門的知識を行政機関が把握するとともに、その過程の公正の確保と透明性の向上を図ることが必要であるとの観点から、規制の設定または改廃に当たり、意思決定過程において広く国民に対し案等を公表し、それに対して提案された意見・情報を考慮して意思決定をおうするもの<sup>(99)</sup>」であった。

また、パブリック・コメント制度の対象は、制定当時は、行政手続法の対象とされながら除外されていたが、現在においては、政令・府省令・処分の要件を定める告示・審査基準・処分基準のみならず、行政指導指針も含まれる。

現在、行政手続法は、行政指導の基準に「行政指導指針」の名称を付し、「同一の行政目的を実現するため一定の条件に該当する複数の者に対し行政指導をしようとするときにこれらの行政指導に共通してその内容となるべき事項<sup>(101)</sup>」と定義している。

命令等制定機関は、案等を公示するときは、その案等は、具体的かつ明

(98) 高木光ほか『条解行政手続法（第2版）』前掲注（91）、420頁～423頁参照。

(99) 首藤重幸「パブリック・コメント制度と税務通達」税務弘報47巻3号、1999（平成11）年、8頁参照。

(100) 常岡孝好『パブリック・コメントと参加券』弘文堂、2006（平成18）年、23頁参照。

(101) 行政手続法2条8号二は、同法36条において、行政機関に対して、事案に応じて行政指導指針を作成・公表することを義務付けている。

確な内容のものであって、かつ、命令等の題名及び当該命令等を定める根拠となる法令の条項が明示されたものでなければならない。<sup>(102)</sup>

意見公募手続実施の結果の公示に関しては、命令等を定めた場合には、当該命令等の公布と同時期に、命令等の題名、命令等の案の公示の日、提出意見（提出意見がなかった場合にあっては、その旨）、提出意見を考慮した結果（意見公募手続を実施した命令等の案と定めた命令等との差異を含む。）とその理由を公示しなければならないことになっている。<sup>(103)</sup> その理由は、重要な政策の立案に当たり、その趣旨、内容その他の事項を公表し、専門家、利害関係人その他広く国民の意見を求める極めて重要な意義を成していると考ええる。

行政指導の準則である要綱を策定する段階においても重要な「作成段階で市民の意見を聴く（市民参加）」、「提出意見に対する応答義務」、「政策形成過程の透明化」といった手続的要請に<sup>(104)</sup>しっかりと答えるべきであると思われる。

### 第 3 節 PI（パブリック・インボルブメント＝市民参画）

「パブリック・コメント」が、住民や市民に意見を求める制度であるのに対して、「パブリック・インボルブメント（Public Involvement）」は、住民や市民に計画の策定への参画を求めるものである。計画策定手続として、パブリック・インボルブメント住民参画の仕組みの整備や地方公共団体からの意見聴取の制度化などを行う制度である。<sup>(105)</sup>

(102) 行政手続法39条2項の規定参照。命令等制定手続（パブリック・コメント）の全体は、大きく四つの要素からなっているが、①原案等の公示・意見提出の要請、②意見提出、③提出意見の考慮、④結果の公示、命令等の公布である。本条項は、①及び②の段階について定めている。詳細は、高木光ほか『条解行政手続法（第2版）』前掲注（91）、467頁～469頁及び478頁～480頁参照されたい。

(103) 行政手続法43条1項の規定参照。詳細な提出意見の考慮結果とその理由に関しては、高木光ほか『条解行政手続法（第2版）』前掲注（91）、550頁～551頁参照されたい。

(104) 大橋洋一「これからの行政指導・指導要綱」前掲注（60）、197頁参照。

一般的な定義は、「公共政策・事業の推進に当たっての住民参加の一手法のことをいい、関係者に対して計画当初から情報を提供し、意見をフィードバックして計画内容を改善、合意形成を進める手法<sup>(106)</sup>」をいう。いわば、行政手法のひとつとして、公共事業や政策の立案・執行の場面で住民参加が重視され、地域住民の意見を聞きながら事業の計画策定を行うことをいう。

住民の環境への関心が高い現代においては、住民との対話が計画の円滑な推進には不可欠な状況となっているが故に、今後の公共事業等で実施されるPIの活用動向が注目される。元々PI手法は、アメリカの道路計画における考え方がベースになったものであり、計画の策定に際して広く住民の意見・意志を調査し、かつその過程の透明性を確保する仕組みのことをいう。その具体的なプロセスは、【表3】の4ステップが一般的である。

日本におけるPIは、1998（平成10）年にスタートした第11次道路五箇年計画の策定に向け、「道路審議会建議・基本政策部会・21世紀の道を考える会<sup>(108)</sup>」が国民より幅広く意見を聞き、参画を得たのが始まりである。

(105) 大橋洋一教授は、パブリック・インボルブメントを「積極的市民参加方式」と呼ぶ。大橋洋一「これからの行政指導・指導要綱」前掲注（60）、201頁参照。

(106) 渡邊満「行政と住民との合意形成手法（パブリック・インボルブメント）」郵政研究所月報2001（平成13）年8月号、76頁参照。

(107) U. S. department of Transportation, Federal Highway Administration（アメリカ連邦高速道路局）を参考されたい。近年は、道路の計画分野や勿論、環境、土地に関するPI手法の実施（[https://www.fhwa.dot.gov/planning/public\\_involvement/publications/techniques/](https://www.fhwa.dot.gov/planning/public_involvement/publications/techniques/)）状況の情報が入手できる。

(108) 近年、国土交通省は、道路行政などへの積極的活用を図り、住民ニーズへのよりの確な対応、および円滑な施策の実現に向けた取り組みを始めている。国土交通省道路局「市民参画型道づくり」（<https://www.mlit.go.jp/road/pi/index.html>）参照。

【表3 パブリック・インボルブメント (Public Involvement) のステップ】<sup>(109)</sup>

1 段階 事前調査	政策に関する情報・利害関係者についての調査
2 段階 PI の進め方の検討	政策を取り巻く環境に適切な手法を選択した上、スケジュールを検討
3 段階 PI 手法の実施	スケジュールに基づく PI 手法を用いて住民への情報発信・住民意見集約
4 段階 フィードバック	手法が適切か、市民の評価は良いかなどを確認した後、必要に応じて進め方を再検討

パブリック・インボルブメント手法の性質・目的は、地域住民に限らず、「関係する公共政策・事業により影響を受ける様々な関係者（無関心層や民間企業体、関連団体、他の政府機関や市民以外の国民等も含まれる）を巻き込みながら、基本計画・方針策定等の当初から関係情報を提供し、それに対する意見・意思をフィードバックしたり意見交換して計画等を改善するといった、関係者が計画等の策定過程を知る機会を設けながら、行政と関係者とのよりよい合意形成を効率的に推進することを目的として行政が行う、主として情報提供や意見交換のための種々の手法を組み合わせた一連のシステム<sup>(110)</sup>」と言えよう。一方、当該関係者の側からみれば、政策検討等の過程に積極的に参加していく仕組である特徴がある。

この手法は、行政活動の意思決定過程への市民参加の仕組みの拡大や計<sup>(111)</sup>

(109) 国土交通省道路局「構想段階における市民参画型道路計画プロセスのガイドライン」2005（平成17）年9月、1頁～23頁参照。表3は、ガイドラインの内容を加工し、作成したものである。

(110) 渡邊満「行政と住民との合意形成手法（パブリック・インボルブメント）」前掲注（106）、76頁参照。

(111) 国土交通省四国地方整備局徳島河川国道事務所「徳島地域の未来を創る道づくり・河づくり（<https://www.skr.mlit.go.jp/tokushima/river/yoriyoi/yoriyoikawa/kawamezasil.html>）参照。

道路以外の分野において、PI 制度を取り入れた自治体レベルの取り組みも参照されたい。河川行政では、流域住民の意向を反映した河川整備を行うため、流域住民に対する事前説明・意向調査を行い、十分な対話を積み重ねていく方向に動き出した事例がある。その例の一つとして、吉野川（徳島県）の第十堰問題を含む課題に対しては、住民との対話の条件づくりを行うため「明日の吉野川と市民参加のあり方を考える懇談会」を2000（平成12）年2月より開催し、住民との対話のルール



画策定における意見募集、要綱行政の担い手への説明責任の要求が強く求められる状況においては、今後更なる活用が期待される。

#### 第4節 討論型世論調査（Deliberative Polling＝DP）

1988（昭和63）年にアメリカのスタンフォード大学教授フィシュキン（James S. Fishkin）<sup>(112)</sup>によって考案された社会実験の一つである。この討論型世論調査は、調査対象者が討論して対象テーマへの知見や理解を深める「熟議」を組み込んだ調査手法である。無作為抽出による世論調査の回答者から討論会への参加者を募り、資料を参考にした小集団での討論や専門家との質疑を経たうえで、あらためて最初と同じテーマのアンケート調査<sup>(114)</sup>を行い、意見がどのように変化するかを探る方法をとる。

討論型世論調査は、大きく次の3つの特徴が挙げられる。以下は、「エネルギー・環境の選択肢に関する討論型世論調査」<sup>(115)</sup>における環境分野の内容であるが、本調査の一般的な特徴が説明されている。

第一は、母集団を統計学的に代表するように参加者を無作為にサンプリングして選定するので、積極的な参加希望者だけでなく、若年層やその他の層も含まれることで社会の縮図が再現され、これにより議論の代表性・

---

や意見の検討方法等について話し合いを行う等、PIを広義に捉え、その進め方について検討しているところである。

(112) ジェイムズ・S・フィシュキン著、曾根泰教監修、岩本貴子訳『人々の声が響き合うとき―熟議空間と民主主義』早川書房、2011（平成23）年を参照されたい。

(113) 通常の世論調査とは異なり、1回限りの表面的な意見を調べる世論調査だけではなく、討論のための資料や専門家から十分な情報提供を受け、小グループと全体会議でじっくりと討論した後に、再度、調査を行って意見や態度の変化を見つめるという社会実験である。DPの意義に関しては、慶應義塾大学DP（討論型世論調査）研究センター（[https://keiodp.sfc.keio.ac.jp/?page\\_id=22](https://keiodp.sfc.keio.ac.jp/?page_id=22)）参照。

(114) エネルギー・環境の選択肢に関する討論型世論調査実行委員会「エネルギー・環境の選択肢に関する討論型世論調査 調査報告書」2012（平成24）年8月27日（改訂版）、6頁参照。

(115) エネルギー・環境の選択肢に関する討論型世論調査実行委員会「エネルギー・環境の選択肢に関する討論型世論調査 調査報告書」前掲注（114）、7頁参照。

公平性が担保される。

第二は、普段、国の政策やエネルギー問題に対する低関心層や、関心があってもなかなか意見を言い出せないサイレントマジョリティ (silent majority) などの声を聞くことができる。二項対立 (dichotomy) の議論に陥らず、立場が異なるさまざまな人々の意見の聴取が可能となる点である。

第三には、課題の諸問題について、専門家の知見などの情報が整理されて示されたうえで、討論を行う場が形成されるので、参加者は問題について印象的な理解ではなく、長期的な視点に立った十分に熟慮された意見を示すことができるようになることである。

一般的な特徴としては、人々は公共的な政策課題に対して、十分な情報がない状況になりがちである。したがって、公共的な政策課題に対して、意見や態度を決めかねることも多く、この問題を克服するために企図されたものが討論型世論調査<sup>(116)</sup>である。

現代的な存在理由を担保していくためには、要綱行政は、実施、方法、時期、規模等についての説明責任の法定化が要求されている中、この類の手法は、今後様々な分野において市民参加の理念の拡大化に繋がるとと思われる。

## 結びにかえて

本稿は、その課題として、要綱行政の公正性・透明性を確保し、他の規制手法を補完する役割はいかなる性質であるべきか、また、行政手続法の下での要綱行政の実行性を活かす場面において、行政指導の範囲内で用いられてきた法的規制手法の「補完」する機能に止まらず、国民・住民にとって権利利益に合致する要綱行政の法的な位置づけや機能的な側面の分析である。

---

(116) エネルギー・環境の選択肢に関する討論型世論調査実行委員会「エネルギー・環境の選択肢に関する討論型世論調査 調査報告書」前掲注 (114)、6 頁参照。

行政過程における手続的統制は、早い時期からその重要性について強調されてきたのである。法律、条例は勿論のこと、行政指導の性質を有する「要綱行政」の実施あたっても、手続的な統制は、欠かせないものであらう。行政機関にとって、実は手続的保障制度は、「行政の決定過程に正当性を付与する重要なシステム」<sup>(117)</sup>である側面を有する。

それと同時に、国民にとっても、行政過程における実質的な参加も強く要求されている。このような市民参加の保障は、情報公開制度やパブリック・コメント手続の整備によって、あらゆる行政（経済行政法、環境行政法、都市法）分野における市民参加の機会を確保する措置として機能している。例えば、主な参加手法は、住民投票、直接請求、合意意見の付与、意見提出・聴取手続、公聴会、事前説明会、審議会、協議会、協定、各種推進員の委嘱、オンブズマン制度等がある。

とりわけ、法関係形成過程は当然のこと、行政目的を達成するために用いる要綱（行政）のような非権力な手法であれ、規制的な性質のものであれ、「権利・自由という人権論のレベルの問題として理論構成せんとしている」<sup>(118)</sup>ことも注意すべきであり、更には、「主権・人権・民主主義論の有機的な結合の問題」<sup>(119)</sup>に直結する。

特に、要綱（行政）の現代的な課題というのは、要綱に対する法的統制のみならず、適正手続の法理の実現や行政過程における市民の参加拡大などが重要な要素であらう。すなわち、手続法の目的が国民の個人的権利利益の保護に収斂していることについては、行政立法手続、計画策定手続等、民主主義参加の要因をもつ手続制度が対象範囲外とされているという立法技術的理由に由来するのであって、民主主義の要素が行政手続法にな

(117) 佐藤英善『経済行政法—経済政策形成と政府介入手法—』前掲注 (95)、274頁参照。

(118) 佐藤英善『経済行政法—経済政策形成と政府介入手法—』前掲注 (95)、274頁参照。

(119) 佐藤英善『経済行政法—経済政策形成と政府介入手法—』前掲注 (95)、274頁参照。

じまないというものではない。<sup>(120)</sup>寧ろ、「行政決定の正当性担保することになると同時に、行政の民主的運営を保障」<sup>(121)</sup>に繋がると思われる。

この拙稿を 首藤重幸先生に 捧げる

留学生として早稲田大学に在学（1997年4月～2006年3月）していた頃は、無我夢中の毎日でした。その時、先生の優しくそして温かく見守って下った温気（優しいご指導）は今も消えることなく、心の中で活かされています。

最初、先生にお会いしたのは、20年以上前になります。恐らく先生は、40代半ばでいらっしゃると思いますが、少年のような好奇心に満ちた印象でして、学部・大学院授業に参加し、拝聴させて頂いた時には、その情熱さに圧倒されました。「優しくて、情熱な人格」の持ち主である先生に大変感銘を受けておりました。

今後も続けて、教育者として、研究者としてのあらゆる場面で、先生の名誉に恥のないように、その情熱、その優しさを忘れずに教育の場で実践していきたいと思います。

2005年、早稲田法学部研究助手の在任期間中でしたが、博士号学位論文申請前の半年間は、小生が作成した分量を遥かに上回るコメントやご指摘を頂きました。その献身的なご指導によって博士号を取得することができ、大学人としてスタートが可能になったと思います。その赤ペン入りの提出前の博士号論文は、現在も小生の書斎の棚の真ん中に大事に入れております。特に、修論審査や卒論指導の際に、「先生の赤ペン入り論文」を取り出し、一度拝読（赤ペンの部分）してから指導に臨みます。しかし、先生の研究や教育に対する「情熱さや優しいさ」は、並みの力では到底及べないものであることを痛感させられる日々です。

本当に、有難うございました。

そして、何よりご自愛なさいますようお願い申し上げます。また、今後も変わらぬご指導をお願い申し上げます。

---

(120) 塩野宏『行政法Ⅰ〔第6版〕行政法総論』前掲注(90)、310頁参照。

(121) 佐藤英善『経済行政法—経済政策形成と政府介入手法—』前掲注(95)、274頁参照。